El informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, una aberración en el Código Orgánico Integral Penal

Danny Torres Vergara
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: datorres@estud.usfq.edu.ec

Rafael Gabela Salvador
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: rafael.gabela@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018
DOI: doi.org/10.18272/lr.v5i1.1224

Citación

Torres Vergara, D., y R. Gabela Salvador. «El Informe Previo Sobre Indicios De Responsabilidad Penal En Los Delitos De Peculado Y Enriquecimiento ilícito, Una aberración En El Código Orgánico Integral Penal». USFQ Law Review, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018, p. 16, doi:10.18272/lr.v5i1.1224.

Resumen
Dentro de los veintitrés proyectos de ley reformatorios del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) planteados ante la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, consta la propuesta que planea derogar el último inciso del artículo 581. El inciso final del artículo en cuestión establece lo siguiente: "Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado"[1]. El presente artículo busca dilucidar las principales repercusiones jurídicas que supone la supresión del inciso final del artículo 581 del COIP. De igual manera, busca exponer las múltiples incompatibilidades que presentan los delitos de enriquecimiento ilícito, peculado y el informe previo de contraloría como requisito de procedibilidad con los principios fundamentales del Derecho Penal Procesal.

Palabras clave
Reforma Código Orgánico Integral Penal, presupuesto de procedibilidad, informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, Contraloría General del Estado, enriquecimiento ilícito, peculado.

The previous report on indications of criminal responsibility in the crimes of embezzlement and illicit enrichment, an aberration in the Ecuadorian Criminal Code

Abstract
Within the 23 reform bills of the Organic Comprehensive Criminal Code (COIP) submitted to the Justice Committee of the National Assembly, there is a proposal that plans to eliminate the last paragraph of Article 581. The final paragraph of the article in question establishes the following: "[...] For the exercise of criminal action, for the crimes of embezzlement and illicit enrichment, a procedural presupposition is established that there is a prior report on indications of criminal responsibility issued by The Comptroller General of the State". This article seeks to elucidate the main legal implications of the suppression of the final clause of Art. 581 of the COIP. Similarly, seeks to expose the multiple incompatibilities presented by the crimes of illicit enrichment, embezzlement and the previous report of the Government Accountability Office as a requirement of procedure with the fundamental principles of Criminal Procedural Law.

Keywords
Reform bills to the Ecuadorian Penal Code, procedural presupposition, prior report on indications of criminal responsibility, Government Accountability Office, illicit enrichment, embezzlement.

1 COIP. Artículo 581. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

1. Introducción

En 1950, Edwin H. Sutherland cambió el panorama del Derecho Penal al publicar su *magnum opus White Collar Crime*, libro que marcó el génesis de un nuevo estudio de la criminología y el derecho penal, al establecer el concepto de crimen de cuello blanco. En dicha obra, Sutherland estableció un nuevo tipo de delincuente que se alejaba mucho de las antiguas percepciones que se tenían sobre el crimen, ya que el delincuente de cuello blanco, a diferencia de la mayoría de los criminales violentos, es un individuo que "acarrea una determinada posición de privilegio en la sociedad, como la de empresario, médico, abogado, **gobernante**, […] o quien lleva una vida de relación que contenga acceso y disponibilidad al poder" (énfasis añadido)[2]. Sutherland contribuyó a edificar la noción de delitos económicos y cómo muchos de estos delitos son cometidos por funcionarios de la administración pública. A raíz de esto, se comenzaron a tipificar una gran cantidad de delitos en contra de la administración pública para combatir la corrupción, pero la tipificación de estos ilícitos ha acarreado críticas en su contra[3], ya que demasiadas veces pecan de violar los principios fundamentales del Derecho Penal sustantivo y procesal.

El COIP es prácticamente nuevo en la legislación ecuatoriana y, desde su incorporación en el año 2014, ha sido sometido a un fuerte análisis por parte de juristas y profesionales de la abogacía, ya que es un cuerpo normativo que contiene disposiciones polémicas fuertemente criticadas por un sinnúmero de razones. Una de las críticas más reiteradas hacia este código, ha sido sobre la incompatibilidad de los delitos económicos y los delitos contra la administración pública con los principios del Derecho Penal. De estos ilícitos, el peculado y el enriquecimiento ilícito presentan particularidades y características que merecen la pena ser analizadas con mayor profundidad.

En la normativa vigente, para iniciar un proceso penal por los delitos de peculado y lavado de activos, es necesario que la Contraloría General del Estado (en adelante, CGE) emita lo que se conoce como un informe previo que contenga los

---

2 Sutherland, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires: B de F, 2009, p. XIV.

3 Haciendo referencia a la imprescriptibilidad de la pena en el delito de peculado, que forma parte de los delitos contra la administración pública, Ernesto Albán ha manifestado como crítica en contra lo siguiente: "Aunque este efecto está previsto en varias legislaciones, se lo ha reservado para delitos de otra naturaleza y de especial gravedad (genocidio y otros delitos contra la humanidad), por lo que este caso es posiblemente el primero en la legislación mundial en que se lo extiende a delitos contra la administración pública. […] De todas maneras hay que admitir que se trata de una norma polémica que, por lo mismo, podría tener un carácter transitorio". Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*. Volumen II. Quito: Ediciones Legales, 2009, p. 133.
Haciendo referencia al riesgo que supone la internalización en la legislación local de los delitos contra la administración pública de políticas criminales internacionales hacía la normativa constitucional de cada país, Diana Arias Holguín ha manifestado como crítica lo siguiente: "Estas políticas, que se gestan en la comunidad internacional, y que pueden poner en riesgo el arsenal de garantías dispuesto en los ordenamientos, tienden a imponerse, ya sea porque dejan poco margen al legislador «nacional» para adaptarlas a las exigencias constitucionales, o porque simplemente este las introduce sin oponer mayor resistencia. Como consecuencia de este condicionamiento, la incorporación de estas normas puede estar inspirada en afanes distintos a los que suelen justificar la producción legislativa en el contexto del Estado de Derecho". Arias Holguín, Diana Patricia. *La internacionalización del Derecho Penal como contexto de la política criminal del "lavado de activos"*. Tesis maestría. Universidad de Cádiz. España, 2008, p. 4.

indicios de responsabilidad penal[4]. Es decir que este tipo de delitos, a diferencia de otros recogidos en el COIP, necesitan de un paso previo, lo que se conoce como prejudicialidad.

Dados los últimos casos de corrupción a lo largo del continente[5] y en Ecuador[6], una nueva reforma para el COIP ha llegado a la Asamblea Nacional, la cual pretende eliminar el último inciso del artículo 581 del COIP. De esta manera la Fiscalía podrá iniciar las investigaciones previas correspondientes a los delitos a los que hace referencia dicho párrafo sin la necesidad de un informe previo. Por lo tanto, el presente artículo busca desarrollar un tratamiento crítico en relación con el alcance de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; y pretende hacer un análisis sobre la idoneidad del informe previo y las repercusiones jurídicas que acarrea su inclusión como requisito de procedibilidad en el COIP.

2. Requisito de prejudicialidad (procedibilidad)

El COIP establece que el fiscal puede iniciar una investigación de oficio o puede conocer la *notitia criminis,* es decir, la noticia sobre una infracción penal, mediante denuncia, informes de supervisión o providencias judiciales. La doctrina penal ha establecido estas formas tradicionales de conocer la *notitita criminis,* las cuales están normadas en el artículo 581 del COIP. Sin embargo, dicho artículo prescribe, en su último inciso, una forma adicional que establece un requisito de procedibilidad para la persecución de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Dicho inciso versa de la siguiente manera: "Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado"[7].

Este es un claro ejemplo de lo que la doctrina llama prejudicialidad, es decir, que se necesita un paso previo para que la Fiscalía conozca el delito y empiece su investigación. La doctrina lo define como el "cumplimento previo de ciertas condiciones […] que deben ser resueltas previamente y obstaculizan ya sea la iniciación, ya el desenvolvimiento mismo del proceso"[8]. Este acto previo consta en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría, el cual prescribe lo siguiente:

> Determinación de responsabilidades y seguimiento.- A base de [sic] los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal[9].

4 *Cfr.* COIP. Artículo 581. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
5 *Cfr.* Fernández Calvo, Lourdes. *Corrupción en el Perú: el 71 % cree que aumentó en los últimos cinco años*, 2017. https://elcomercio.pe/peru/71-peruanos-cree-corrupcion-aumento-ultimos-5-anos-noticia-461316 (acceso 17/01/2018).
6 *Cfr.* Echeverría Echeverría, Lolo. *Política y corrupción.* http://www.elcomercio.com/opinion/politica-corrupcion-contraloria-ecuador-opinion.html (acceso 17/01/2018).
7 COIP. Artículo 581. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
8 *Cfr.* Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. México DF: Porrúa, 2001, p. XLI.
9 LOCGE. Artículo 39. Registro Oficial 595 de 12 de octubre de 2002.

Después de la emisión de este informe, la investigación fiscal podrá empezar. Lo que nos indica este artículo es la necesidad de este paso previo, sin el cual el curso del proceso no puede seguir.

Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, en México[10], de forma similar a Ecuador, se determina que, para iniciar la acción penal contra un servidor público, es necesaria la prejudicialidad. La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos prescribe que es indispensable la declaratoria de la Secretaría de la Función Pública. Sin embargo, si se analiza la legislación comparada de Latinoamérica, se puede observar que, salvo puntuales excepciones, la mayoría de los países que incorporan en su catálogo de delitos al peculado o al enriquecimiento ilícito no prescribe un requisito de prejudicialidad para el ejercicio de la acción penal de dichos ilícitos. Este es el caso de países como Colombia[11], Perú[12], Argentina[13], Uruguay[14] y muchos otros, ya que la Fiscalía puede iniciar sus investigaciones sin el requisito de prejudicialidad a diferencia de lo establecido en la normativa ecuatoriana.

3. Peculado

El peculado ha existido a lo largo de toda la historia de la administración pública, sus primeras apariciones documentadas las podemos observar en Roma, donde emperadores como Nerón, Julio César y Octavio Augusto empezaron a cometer delitos en contra de sus propios ciudadanos. Los *primus inter pares* robaban, saqueaban y sobornaban para poder perpetuarse en el poder[15].

El peculado deriva de la palabra latina *peculatus*, la cual hace referencia a *peculae* que significa dinero o riqueza[16]. Es decir, el robo del dinero del Estado para beneficio propio o de un tercero. En la actualidad, el significado sigue siendo muy similar, salvo que se ha ampliado el tipo penal para que abarque a más sujetos activos.

Tal es la importancia de este delito que la responsabilidad penal de los servidores públicos fue tomada en cuenta en el artículo 233 de la Constitución de la República de 2008 que establece lo siguiente:

> Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos

10 *Cfr.* Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. *Óp. cit.*, p. XLI.
11 *Vid.* Código Penal (Colombia). Artículo 400. Ley 599 de 24 de julio de 2000.
12 *Vid.* Código Penal (Perú). Artículo 387. Decreto Legislativo de 3 de abril de 1991.
13 *Vid.* Código Penal de la Nación de Argentina (Argentina). Artículo 261. Ley 11.179 de 1984.
14 *Vid.* Código Penal (Uruguay). Artículo 153, 155. Decreto 698/967 de 29 de junio de 1934.
15 Cueva Carrión, Luis. *Peculado.* Volumen I. Quito: Cueva Carrión, 2007, p. 20.
16 *Id.,* p. 53.

> a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas[17].

Este artículo pretende que exista una responsabilidad para los servidores públicos, ya sea en el ejercicio de sus funciones o por el manejo indebido de fondos públicos.

En legislaciones vecinas, como la de Colombia, el peculado se divide en tres tipos penales distintos: el peculado de uso, el peculado de aplicación oficial diferente, y el peculado culposo[18]. Los elementos del tipo penal son similares en Ecuador, donde se incluyen los dos primeros tipos antes mencionados y solo se excluye el de peculado culposo.

En el artículo 278 de nuestro código penal el peculado está definido como todo acto realizado por una persona que actuando investido de una potestad estatal abuse, apropie, distraiga o disponga arbitrariamente de bienes estatales para su beneficio personal o para un tercero[19].

3.1. Del sujeto activo y el sujeto pasivo

El sujeto activo de este delito es un sujeto activo cualificado siendo este el funcionario público. Esto está prescrito en el artículo 278 del COIP y no se podrá iniciar una acción penal hacia ningún individuo que no sea funcionario público, ya que solo estos pueden disponer fondos del Estado, siendo el funcionario público el sujeto activo cualificado.

En cuanto a la participación de la persona jurídica en este tipo de ilícitos, el COIP guarda completo silencio, ya que en su artículo 49 dice que "la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito"[20]. Al existir dos responsabilidades distintas no se puede atribuir una distinta a la persona natural o servidor público que realice el hecho.

El sujeto pasivo del delito de peculado es el Estado, ya que se encuentra enmarcado en la sección tercera del COIP acerca de los delitos contra la administración pública. Es necesario aclarar que este delito no es en contra la propiedad, ya que la propiedad no se debe entender como los bienes que le pertenecen al Estado. Si

---

17 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 233. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

18 En Ecuador, el artículo 27 del COIP manifiesta que las conductas culposas solo van a poder ser punibles cuando se encuentren tipificadas en el catálogo de delitos ecuatoriano. Esto excluye totalmente la posibilidad de existir un tipo de peculado culposo en Ecuador. *Vid.* Código Penal (Colombia). Artículos 398, 399 y 400. Ley 599 de 24 de julio de 2000.

19 *Cfr.* COIP. Artículo 278. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

20 COIP. Artículo 49. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

la persona comete un delito que esté fuera de estos preceptos jurídicos debe ser excluido del tipo penal[21].

3.2. Bien jurídico protegido y verbo rector

El bien jurídico que se quiere llegar a proteger, como lo propone Giuseppe Maggiore, es "la probidad y fidelidad del funcionario público [...] pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública"[22]. Es decir, con la afectación a la probidad y fidelidad del funcionario público, se genera una vulneración en la confianza que tienen los administrados frente a la administración pública y cómo esta destina sus fondos.

En este delito existen tres verbos rectores, los cuales son: apropie, distraiga o disponga. En primer lugar, la persona se apropia de los bienes del Estado, cuando estos entran en su patrimonio de una manera arbitraria e ilegal. En segundo lugar, la persona que distraiga, quiere decir según la Real Academia de la Lengua Española, "malversar fondos, defraudarlos"[23]. Lo que significa gastar los fondos destinados para un determinado fin estatal con ánimo de beneficiar el interés económico propio o de otras personas. En tercer lugar, la persona que disponga, es decir que determine qué hacer con los fondos públicos.

4. Enriquecimiento ilícito

A diferencia del peculado, los orígenes del enriquecimiento ilícito como tipo penal no se remontan a Roma o a alguna antigua civilización, ya que es un delito relativamente nuevo, pese a que está intrínsecamente relacionado con la corrupción, fenómeno que es tan antiguo como la humanidad misma. Los antecedentes históricos de la figura en estudio hacen constatar que, en la mayoría de las legislaciones, se lo ha tratado como una sanción administrativa bajo leyes que regulaban y sancionaban las actividades de los funcionarios públicos, más no se puede comprobar que haya recibido un tratamiento como un delito particular[24]. Tanto es así que antes, a este delito, no se lo conocía como enriquecimiento ilícito, sino como "enriquecimiento inexplicable"[25].

Cabe resaltar que este tipo penal es un invento sudamericano, ya que no existe en ningún país de Europa Occidental ni en país con orígenes de derecho anglosajón[26]. La razón que da el jurista Cárdenas Rioseco para explicar este fenómeno es que, en estos países, "las conductas ilícitas de los funcionarios públicos se encuentran suficientemente reguladas en las figuras de peculado, cohecho, prevaricato,

21 *Cfr.* Cueva Carrión, Luis. *Peculado. Óp. cit.,* pp. 83-85.
22 Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte Especial.* Volumen III. Bogotá: Temis, 2000, p. 162.
23 Real Academia de la Lengua Española. Diccionario Panahispánico de Dudas. *Distraer*. http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=base (acceso: 22/02/2018).
24 Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. *Óp. cit*., p. xl-xli.
25 *Ibíd.*
26 *Ibíd.*

tráfico de influencias, etc"[27]. Dentro de los países latinoamericanos, Argentina es la nación que se adjudica la creación de este delito mediante su Ley 16648 que fue incorporada en su Código Penal en 1964; aunque, en India, se aprobó en ese mismo año el ilícito en cuestión. El objetivo de la tipificación de este delito es combatir la corrupción y el crimen organizado, dos fenómenos que acarrean consecuencias nefastas a escala nacional e internacional. En Ecuador, el artículo 279 del COIP prescribe este delito en los términos siguientes:

> Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.
> Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.
> Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.
> Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años[28].

4.1. Del sujeto activo y el sujeto pasivo

La norma penal es clara y precisa al indicar que "las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado"[29], por lo que se evidencia que el sujeto activo de este tipo delictivo es siempre una persona que desempeña un cargo público en una de las diferentes instituciones estatales. Es decir, es un sujeto activo cualificado.

Al respecto del sujeto activo de este delito en particular y de forma general a todos los delitos que atentan contra la administración pública, Albán Gómez manifiesta lo siguiente:

> Sea cual fuere la terminología empleada para calificar al sujeto activo de estas infracciones, debe entenderse que se refiere a personas que desempeñan alguna función en una institución del Estado, de las enumeradas en el artículo 225 de la Constitución; sea que la actividad desarrollada corresponda a una atribución propia de la potestad estatal o de las asumidas por el Estado[30].

Al igual que en el delito de peculado, el Estado es el sujeto pasivo frente a este tipo de ilícito y según lo establecido por Albán Gómez:

27 *Ibíd.*
28 COIP. Artículo 279. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
29 *Eiusdem.*
30 Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 124.

> [E]n principio, el Estado es en estos delitos el sujeto pasivo; pero no considerado como el ente jurídico-político, titular de la soberanía [...] sino en su fase administrativa, es decir en el desarrollo de las actividades dirigidas a satisfacer las necesidades de los ciudadanos y en las relaciones con estos. Se trata, por lo tanto, de conductas, que lesionan la regularidad funcional, la buena marcha y la corrección en las actividades de las instituciones del Estado[31].

4.3. Del bien jurídico protegido y el verbo rector

Por la sección en la que se encuentra el tipo penal en cuestión se puede concluir que el bien jurídico protegido es la administración pública. En el enriquecimiento ilícito, al igual que en el caso del peculado, la afectación al bien jurídico va más allá, debido a que atenta contra la confianza y respeto hacia la función pública. Como mencionamos anteriormente, este ilícito provoca el quebrantamiento de la confianza que los administrados tienen sobre la administración pública y su probidad respecto al manejo los fondos estatales[32].

Aquí surge un problema en cuanto al verbo rector del enriquecimiento ilícito, ya que en la forma en la que está redactado en el COIP, este no describe una conducta sino un hecho. No hay una acción en sí, solo existe la mera descripción de un hecho, debido a que el artículo determina que únicamente basta con que se presente "un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta"[33]. Esto alza una serie de problemáticas de orden jurídico que se analizaran más a fondo con posterioridad en este artículo.

5. Criterios de la Corte Nacional de Justicia

Debido a una serie de fallos de casación contradictorios expedidos por la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, en el año 2008 la CGE solicitó que se expidiera una resolución para que no se considere al informe de contraloría como un requisito de procedibilidad[34]. Ello debido a que la CGE y el Ministerio Público (hoy Fiscalía) consideraban que ambos organismos deben gozar de facultades suficientes para actuar con independencia en razón de sus funciones. Es así que la CGE expresó lo siguiente en su petición:

> Con oficio No. 15790- DPRC de 19 de junio de 2008, cuya copia adjunto, este organismo de control expuso al doctor Roberto Gómez Mera, Presidente en funciones a esa fecha de la Ex Corte Suprema de Justicia, que la Contraloría General del Estado ha sido notificada con algunos fallos expedidos por la Segunda Sala de dicha Corte, respecto de recursos de casación interpuestos, casando sentencias, bajo los argumentos recurrentes, –considerandos de oficio por parte de la Sala–, en cuanto a que constituye un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la

31 *Id.,* p. 119.
32 Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte Especial. Óp. cit.*, p. 162.
33 COIP. Artículo 279. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
34 Corte Nacional de Justicia. Oficio 24237 DPRCDP, 28 de diciembre de 2009.

> acción penal, la declaración de la Contraloría General del Estado respecto de la existencia de indicios de responsabilidad penal; antecedentes sobre la base de los cuales, y con fundamento en el Art. 197 de la Constitución Política vigente en ese entonces, se solicitó que el Pleno de la Ex Corte Suprema de Justicia expidiera una resolución obligatoria que dirima a favor de este organismo y del Ministerio Público (hoy Fiscalía), las facultades para actuar con independencia, de manera coordinada eso sí, pero sin considerar como requisito de procedencia para el enjuiciamiento penal, la existencia de un informe con indicios de responsabilidad penal que, a nuestro criterio no lo exige la disposición constitucional citada como supuesto fundamento[35].

Se puede observar la voluntad de la CGE de no intervenir en el ejercicio de la facultad del accionar penal y de la investigación de la Fiscalía, ya que al solicitar que la Corte dirima a su favor, esta última tendría autorización para que, sin perjuicio del requisito de procedibilidad, se inicie la instrucción fiscal. La Corte hizo caso omiso a la consulta realizada por la CGE y dio paso a una resolución, que, ante todo, ha generado varias controversias.

En el año 2010, con el antiguo Código Penal todavía en vigencia, surgió de nuevo la inquietud por parte de Fiscalía y de la CGE sobre si el informe previo de Contraloría era un requisito de procedibilidad para el inicio de la acción penal en contra del ilícito. La consulta fue elevada al Pleno de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, CNJ) la cual, en su resolución del 19 de marzo de 2010, la Corte determinó que:

> Art. 1.- **Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal**, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de este, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del enriquecimiento ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 260 de 29 de agosto de 1985, **se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal**.
>
> Art. 2.- **Para el inicio de la indagación previa**, **no se requiere el informe expresado en el artículo anterior**, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento. por cualquier medio. hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos. así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, da lugar al inicio de la instrucción fiscal[36].

Mediante esta resolución, la CNJ decreta que, aunque el informe de contraloría no es un requisito para iniciar la etapa de indagación previa, este sí es un requisito fundamental para iniciar la instrucción fiscal, es decir, accionar el proceso penal.

35 *Ibíd.*
36 CNJ. Pleno de la Corte. Artículo 1,2. Registro Oficial 154 de 19 de marzo de 2010.

Con este pronunciamiento, la CNJ despoja a la Fiscalía de una de sus facultades vitales y tradicionales, la persecución exclusiva de los ilícitos. Aquí es donde surge el problema en cuestión, ¿es esta una limitante necesaria y justificada o es una externalización válida de las facultades de la CGE? Este es un problema que, procesalmente hablando, entorpece el accionar del aparato punitivo del Estado. Ello en razón de que establece pasos previos que no son necesarios para el ejercicio de la facultad de investigación del fiscal.

En la actualidad, dentro del proyecto de reforma al COIP[37], la Asamblea Nacional discute acerca de la supresión del último párrafo del artículo 581, el cual elimina el informe previo como requisito de procedibilidad. Como ya se ha mencionado a lo largo de esta investigación, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, la Fiscalía no está atada de manos, ya que no se requiere de este tipo de formalidades sustanciales para la persecución de los ilícitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Pero esta posición del Ecuador frente al informe previo no carece de fundamento. Para entender su proceder, nos tenemos que remitir a analizar las facultades de la CGE prescritas en el artículo 76 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, LOCGE):

> Art. 76.- Las instituciones del Estado y sus servidores, así como los personeros representantes de las personas jurídicas de derecho privado sometidas al control de la Contraloría General del Estado, en los términos previstos en la presente Ley, están obligadas a proporcionar a esta, exclusivamente para fines del examen de auditoría, información sobre las operaciones o transacciones cuando les sean requeridas por escrito[38].

Cabe destacar que la presunción de legalidad de los actos administrativos es uno de los principios fundamentales del derecho administrativo, y sobre esta premisa se sienta el principal argumento para sustentar la validez y legitimidad del informe previo como facultad de la CGE según lo establecido por el Art. 39 de la Ley Orgánica de dicho órgano. A pesar de que puede que el informe previo tenga un sustento desde el punto de vista administrativo, no puede ponerse un limitante en las facultades de la Fiscalía de persecución de un delito[39].

6. Problemas del informe previo de Contraloría y la inconstitucionalidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito

Como mencionamos anteriormente, el informe previo de Contraloría es un requisito de prejudicialidad que afecta directamente a las potestades procesales de la Fiscalía consagradas en el artículo 195 de la Constitución:

37 *Cfr.* Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al COIP. Artículo 16. 10 de enero de 2017.
38 LOCGE. Artículo 76. Registro Oficial 595 de 12 de octubre de 2002.
39 *Cfr.* COIP. Artículo 444. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

> Art. 195.- **La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal;** durante el proceso ejercerá la acción púbica con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley (énfasis añadido)[40].

Este requisito previo denota una violación a lo que llamamos independencia del poder judicial "ya que la administración de justicia no está en la libertad de conocer y tramitar un proceso para juzgar el peculado [y enriquecimiento ilícito] si el órgano administrativo, no […] determina indicios de responsabilidad penal en su informe"[41].

Este informe previo adicionalmente presenta varias incongruencias tales como, según lo establecido por parte de CGE, la facultad de pronunciarse caduca en siete años, tal como lo señala el artículo 71 de la LOCGE:

> Art. 71: La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos[42].

Por otro lado, estos delitos son imprescriptibles según el COIP, lo cual pone en manifiesto esta antinomia entre los dos cuerpos legales. Esto significa que, si el informe previo caduca habría impunidad frente a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, ya que dichos delitos no serían perseguibles por parte de Fiscalía debido a la necesidad informe previo como requisito de procedibilidad. En cuanto a la imprescriptibilidad de estos delitos, Albán Gómez concluye lo siguiente:

> Aunque este efecto está previsto en varias legislaciones, se lo ha reservado para delitos de otra naturaleza y de especial gravedad (genocidio y otros delitos contra la humanidad), por lo que este caso es posiblemente el primero en la legislación mundial en que se lo extiende a delitos contra la administración pública[43].

El juicio en contra de Jorge Glas, quien fue vicepresidente del gobierno de Rafael Correa y de Lenín Moreno, es un caso que ejemplifica cómo el informe previo es un obstáculo en el momento de perseguir estos tipos delictivos. En dicho proceso, al exvicepresidente de la República no se lo pudo perseguir por los delitos de peculado o enriquecimiento ilícito ya que se requería el requisito de prejudi-

40 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 195. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

41 King, Richard. *Los Informes de Contraloría como Requisito de Procedibilidad para el Juzgamiento del Delito de Peculad*o. Tesis maestría. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2017, p.49.

42 LOCGE. Artículo 31. Registro Oficial 595 de 12 de octubre de 2002.

43 Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 133.

cialidad del informe previo de Contraloría para iniciar el proceso penal por dichos delitos. La razón implícita de que esto haya ocurrido fue que el excontralor general, Carlos Pólit, quien, atendido por razones políticas, no presentó indicios de responsabilidad sobre el antiguo servidor público y, por ende, solo se pudo perseguir a Jorge Glas por el delito de asociación ilícita cuya pena, de máximo de seis años, es menor que el de enriquecimiento ilícito o peculado[44]. Por esta razón, el fiscal, Carlos Baca Mancheno, propuso la supresión del informe previo de Contraloría ante el pleno de la Asamblea Nacional.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la calidad del informe previo de contraloría, en el cual se deben presentar los indicios de responsabilidad penal, en materia probatoria, causaría una gran dificultad al momento de ser valorada, porque es, como ya se mencionó previamente, tan solo un indicio. Esto llevaría a pensar que, si el informe tan solo muestra indicios de responsabilidad administrativa o civil, este informe no permitiría a la Fiscalía empezar el proceso penal, porque únicamente con un pronunciamiento positivo de indicios responsabilidad penal se moverían los engranajes del sistema acusatorio.

Hay consideraciones adicionales que vale la pena mencionar sobre dicho informe. Por ejemplo, la CGE puede presentar el informe con claros indicios de responsabilidad penal, pero esto no significa que el fiscal no pueda retirar los cargos una vez finalizada la instrucción fiscal. De igual manera, un juez puede considerar que dicho informe no es suficiente para condenar al procesado. Por lo que, ¿si el fiscal puede abstenerse de presentar cargos y el juez puede fallar a favor del procesado en estos delitos, por qué el informe previo es un requisito indispensable para que el fiscal inicie la instrucción fiscal? La procedencia del informe previo es totalmente ilógica, ya que es un simple acto administrativo que no es garantía de condena penal del acusado, pero si es un requisito sustancial para iniciar el proceso penal y es un limitante a las facultades de investigación de la Fiscalía. En otras palabras, la CGE puede emitir un informe con indicios y aun así el fiscal mantiene la potestad de abstenerse de seguir con el proceso penal, o si decide formular cargos en la respectiva audiencia, aún el juez puede desestimar el informe de la CGE como un elemento de convicción para absolver al funcionario público basando su fallo en el derecho y la sana crítica.

6.1 Problemas de constitucionalidad del enriquecimiento ilícito y el peculado

Entre los dos delitos que necesitan el informe previo como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, el enriquecimiento ilícito es el que genera mayores dudas acerca de su constitucionalidad. La tipificación de este de-

44 *Cfr.* CNJ. Sala de lo Penal. *Causa 00222.* Sentencia, 23 de enero 2018.

lito ha sido duramente criticada por varios tratadistas y juristas del derecho tales como Pavón Vasconcelos, Díaz Aranda, Díaz de León, Inchausti y Mikkelsen-Löth[45], al igual que varios tribunales constitucionales del resto de América Latina.

Las críticas se deben principalmente a que la forma en la cual está construido este tipo penal, ya que provoca "la inversión de la carga de la prueba, violación al principio de presunción de inocencia, violación del principio de que nadie puede declarar en su contra y violación con el principio acusatorio del derecho penal"[46]. En palabras de Cárdenas Rioseco:

> [E]n el delito de enriquecimiento ilícito no se define una conducta, sino solo un resultado y que la definición no es clara ni precisa, asimismo, [...] es un delito de sospecha, que rompe el principio de legalidad, invierte la carga de la prueba, rompe el principio acusatorio, viola la presunción de inocencia y el principio que nadie está obligado a declarar en su contra[47].

Este delito aún sigue generando controversia en la actualidad, y ha surgido un debate sobre su idoneidad y su posible futura incorporación en la normativa penal en países que no contemplan actualmente este delito en su legislación. Por ejemplo, este es el caso de España que, como señala Blanco Cordero:

> La corrupción rampante en España y la insuficiencia de los recursos penales existentes para luchar eficazmente contra la misma han motivado la solicitud insistente desde determinadas fuerzas políticas de incluir en el Código Penal español el delito de enriquecimiento ilícito. Son diversas las propuestas de los Grupos parlamentarios si bien la que más ha progresado en el ámbito parlamentario es la del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, que presentó en septiembre de 2016 ante el Congreso de los diputados una Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes que incorporaba dicho delito[48].

Al momento de analizar la constitucionalidad y congruencia de estos delitos con los principios rectores del Derecho Penal procesal, uno de los problemas principales que presentan estos delitos es el juzgamiento en ausencia. Respecto al juzgamiento en ausencia Albán Gómez expone lo siguiente:

> Esta posibilidad que indudablemente linda peligrosamente con la vulneración del derecho a la defensa y que es única en el Derecho Procesal Penal ecuatoriano,

45 Sobre las críticas a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, *vid.* Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal.* México. Porrúa, 1999, p. 430; Díaz Aranda, Enrique. *Enriquecimiento ilícito.* México: Cárdenas Editor, 1999; Díaz de León, Marco. *Código Penal Federal con comentarios.* México: Porrúa, 1998, p. 383; Inchausti, Miguel. *Enriquecimiento ilícito de funcionarios.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994; y, Mikkelsen-Löth, Jorge Federico. *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico- penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública.* Buenos Aires: La Ley, 2001.

46 Blanco Cordero, Isidoro. *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, 2017. http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf (acceso: 19/02/2018).

47 Cárdenas Rioseco, Raúl F. *Enriquecimiento ilícito. Óp. cit.*, p. xl- xli.

48 Blanco Cordero, Isidoro. *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*. *Óp. Cit.,* p. 14

> reitera la gran preocupación social que la repetida comisión de estos delitos ha causado, con la comprobación adicional de que, en muchos casos, los más graves, han quedado en la impunidad[49].

Así se puede observar que el juzgamiento en ausencia, particularidad que es propia solo del Derecho ecuatoriano, rompe con el principio de contradicción y de inmediación según lo establecido en el artículo 5 numeral 13 y 17 del COIP[50].

7. Conclusiones

A lo largo de este artículo, se ha expuesto la incompatibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito con los principios rectores del derecho penal y sus múltiples connotaciones perjudiciales a los derechos del acusado, ya que, son delitos que por la forma que están prescritos en el código rompen con el principio de contradicción e inmediación al establecer el juzgamiento en ausencia, destruyen la presunción de inocencia, invierten la carga de la prueba, se desligan del principio de legalidad, quebrantan el principio acusatorio y el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra[51]. Asimismo, el informe previo constituye un atentado contra los principios rectores del derecho penal, por lo mismo es un hecho indiscutible que dicho informe establece un obstáculo innecesario en relación con las potestades de investigación y ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal.

Tanto la CGE como la Fiscalía sostenían que ambas entidades debían gozar de independencia y autonomía. Las dos consideraban que el informe previo constituía una vulneración de las potestades de Fiscalía, y una extralimitación a los poderes de Contraloría establecidos en la Constitución. A consecuencia de esto, los dos organismos remitieron una petición al pleno de la CSJ remitiendo sus inquietudes y posiciones frente a este tema. Sin embargo, la CSJ expidió una resolución la cual sostenía que era fundamental el informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, en contraposición de lo peticionado por los organismos previamente mencionados. De esta forma, el informe previo fue incluido en el COIP en 2014 y ha sido el germen de la actual problemática en cuestión.

Este artículo también indicó la clara antinomia que genera el tratamiento jurídico presente en las normativas del COIP y de la LOCGE respecto al informe previo, ya que, por un lado, el COIP establece la imprescriptibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito y, por su parte, LOCGE prescribe que los informes de Contraloría caducan a los siete años.

---

49 Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 134.
50 *Cfr.* COIP. Artículo 7. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
51 Cárdenas Rioseco, Raúl F. *Enriquecimiento ilícito. Óp. cit.*, p. xl - xli.

A pesar de la necesidad imperante que existe en la sociedad ecuatoriana de perseguir y no dejar impune los actos de corrupción, la inclusión de tipos penales deficientes que vulneran los principios rectores del derecho penal y las garantías y derechos de los acusados no es una solución idónea ni deseable. La tipificación de estos delitos y de sus requisitos de procedibilidad debe de ser diseñada de una manera exacta y minuciosa que esté acorde con los principios del Derecho y no coarte las potestades de los órganos judiciales. Por lo tanto, a pesar de que no soluciona todas las deficiencias de estos tipos penales, la eliminación del inciso final del artículo 581 del COIP es un paso en la dirección correcta.